POR DOÑA LVISA DEL ALCAZAR,

Y

DOÑA ANDREA ORTIZ DEL ALCAZAR,

Su hija mayor.

En el pleito

Con Doña Antonia del Alcaçar.

SOBRE

La ſuceſſion de los Mayorazgos que llaman de Puñana, y Collera.

1 AVnque eſtos ſon dos mayoraſgos fundados por dos eſcrituras diſtintas en favor de diferentes hijos por Franciſco del Alcaçar, y doña Leonor de Prado ſu muger, ambos tienen unas meſmas clauſulas y llamamientos, y aunque la dicha doña Antonia las refiere en lo ſuſtancial en ſu informe de derecho, toda via omitió en la primera y ſegunda eſtas palabras, *precediendo el varon a la hembra*: por lo qual las repetiré aqui, para que los que leyeren eſte informe, vayan capazes en el hecho de las clauſulas que an dado cauſa a eſte pleyto.

2 Parece que los dichos Franciſco del Alcaçar, y ſu mu

ger, en virtud de facultad Real fundarõ el mayorazgo de Collera en la persona de Gaspar del Alcaçar su hijo legitimo: y el primer llamamiento dize assi.

Clausula I.

3 *Y que ayais los dichos bienes de mayorazgo, y por el titulo del por todos los dias de vos el dicho Gaspar del Alcaçar, y despues de vos vuestros hijos y hijas, y nietos y bisnietos, y otros descendientes varones y legitimos, que despues de vos decendieren por linea derecha masculina, precediendo el varon a la hembra.* Y prosiguiendo dize assi.

Clausula II.

4 *Que si de vos el dicho Gaspar del Alcaçar no huviere ni quedare hijo, que suceda en este dicho mayorazgo la hija mayor que tuvieredes; y si esta tal falleciere sin dexar hijos varones, que passe este mayorazgo a la otra hija segunda, precediendo la mayor a la menor, y ansi vaya el dicho mayorazgo por via masculina, y femenina que de vos quedare. Y quiero y es mi voluntad, que sucediendo el dicho mayorazgo en una hija vuestra mayor, que si esta tal tuviere un hijo, y hija, que aya el mayorazgo el hijo varon antes que la hija segunda de vos Gaspar del Alcaçar, y antes que la hermana del dicho hijo varon, aunque la dicha hermana sea mayor que no el, y despues del dicho hijo varon suceda en en el mayorazgo sus hijos varones; y no los aviendo, passe a las hijas de vos Gaspar del Alcaçar, precediendo el varon a la hembra, y el mayor a el menor.*

Clausula III

5 *Y si de vos el dicho Gaspar del Alcaçar no uvieren ni quedarẽ los dichos hijos ni hijas, ni nietos varones, ni otros decendientes varones por linea derecha masculina y femenina, segun la horden suso dicha, quiero y es mi voluntad que venga este mayorazgo a Baltasar*

sar

ſar del Alcaçar nueſtro hijo quarto y a ſus hijos, y nietos varones, y otros decendientes legitimos ſuyos por linea derecha maſculina, preceediendo el primero a el ſegundo, el mayor al menor. Y anſi dende en adelante de unos en otros, conforme a lo que dicho es.

CLAVSLA IIII.

6 *Y ten con condicion que en ningun tiempo, ni por alguna manera no pueda ſuceder en eſte dicho mayorazgo, en bienes, ni en parte dellos ninguna hembra, ni decendiente della: ſino fuere hija de vos el dicho Gaſpar del Alcaçar, y no otras ningunas, no embargante que en lo de ſuſo contenido eſtà diſpueſto, que lo ayan otras hembras de mas de la dicha vueſtra hija. Y que ſiendo hembra no pueda ſuceder en ninguna manera, ſino ſola una que es la hija de vos el dicho Gaſpar del Alcaçar, o el hijo, o hijos varones de la dicha vueſtra hija, y no las hijas della.*

7 Muerto el fundador ſucedio el dicho Gaſpar del Alcaçar en el dicho mayorazgo de Collera, y deſpues del D. Frāciſco del Alcaçar ſu hijo, el qual dexó por ſus hijos a don Gaſpar y don Diego del Alcazar, y a doña Mariana del Alcaçar, doña Luiſa del Alcaçar, y doña Antonia del Alcaçar, y los dichos D. Gaſpar, y D. Diego, y dos hijos varones que tuvo el dicho Don Diego murieron todos, quedando vivas las dichas Doña Mariana, Doña Luiſa, y doña Antonia, que eſtas dos ſon las que oy letigan, conque uvo pleyto muy reñido entre la dicha doña Mariana del Alcaçar hija mayor, y don Pedro del Alcaçar decendiente por linea maſculina del dicho Baltaſar del Alcaçar, llamado a la ſuceſſion en la clauſula tercera, que arriba queda referida, por dezir el dicho don Pedro del Alcaçar, que avia llegado el caſo de ſu llamamiento, por aver muerto el dicho D. Franciſco del Alcaçar y todos ſus decendientes varones, y eſtar excluidas las hēbras, y ſin embargo venció la dicha doña Mariana en el Cōſejo, y ſe le dio la tenuta del dicho mayorazgo de Collera, y lo

lo goçò mientras vivio, y por su muerte sucediò sin contra dicion alguna la dicha Doña Luisa su hermana en el dicho mayorasgo, y tambien á venido a suceder en el mayorasgo de Puñana

8 Y es assi que estando posseyendo ambos mayorazgos la dicha doña Luisa, hizo renunciacion dellos a favor de doña Andrea Ortiz del Alcaçar su hija mayor, ê inmediata sucessora en dichos mayorazgos, por no tener la dicha Doña Luisa hijo varon.

9 A este tiempo la dicha doña Antonia del Alcaçar, hermana menor de la dicha doña Luisa, le puso este pleito, y su pretension la viene a reduzir a que por aver la dicha doña Luysa dissipado notablemente una dehesa de encinas, perteneciente al dicho mayorazgo de Collera, y por aver renunciado ambos mayorazgos en la dicha doña Andrea su hija mayor, los á perdido, y à llegado el caso de suceder ella en dichos mayorazgos, como inmediata sucessora que pretende ser, y que assi se deve declarar, y q̃ la dicha doña Andrea no puede suceder en los dichos mayorazgos.

10 Conque parece que este pleyto se viene a reduzir a dos articulos en que dividiré este informe. El primero, si la dicha doña Luisa a perdido los dichos mayorazgos, y los deve restituir luego, sin esperar a su muerte el inmediato sucessor. Y el segundo, si caso que no aya lugar la restitucion antes de su muerte, se deve declarar tocar la sucession de los dichos mayorasgos, para quando llegue el caso a la dicha doña Andrea, hija de la dicha doña Luisa, o a la dicha D. Antonia del Alcaçar su hermana, y tia de la dicha Doña Andrea, atento a no tener la dicha doña Luisa hijo varon de primer grado, ni esperança de tenerlo, por ser biuda, muger enferma, y anciana.

ARTICVLO PRIMERO.

Si Doña Luisa del Alcaçar â perdido los dichos mayorazgos, por la dicha dißipacion, y renunciacion que dellos hizo en doña Andrea, su hija mayor.

11 EN este articulo no me detendre, porque ni en el pleito ay provanza de la dissipacion, ni la dicha doña Antonia en su informe de derecho insiste en ella, reconociendo que no la tiene verificada, y que a mayor abundamiento Doña Luisa tiene provado con muchos testigos, que no solo no à dissipado la dicha dehesa, pero beneficiadola muy bien, y aun ay testigos de la dicha doña Antonia que contestan en esto. Y aunque la dicha doña Antonia se vale tābien de la renunciacion que hizo la dicha doña Luisa en Doña Andrea su hija, diziendo que fue enagenacion de los dichos mayorasgos, y que con esso los a perdido, por ser resolucion juridica, que el posseedor que enagena los bienes del mayorazgo lo pierde, y deve restituir al inmediato luego sin aguardar a la muerte. Esto no lo funda en su informe, ni tiene substancia en derecho, porque una cosa es enagenar los bienes del mayorazgo, y otra renunciar el derecho del mesmo mayorazgo, en el que se tiene por inmediato sucessor, y lo primero confessamos que es prohibido al posseedor del mayorazgo, mas no lo segundo conviene a saber renunciar el derecho del mayorazgo en el q̄ tiene por inmediato sucessor. arg. *l. si. mulier* §. *ex asse ff. de jur. dot.* docuit Mieres. *de maior. p.* 3, *q.* 28. *n.* 10, señor D. Iuan de Larrea, *tom.* 2. *decis.* 55. *n.* 24. y aunque confessamos ingenuamente esta renunciacion no perjudica en possession ni propriedad al que pretende tener derecho al mayorazgo, y que en su perjuyzio es como sino se uviera hecho si aliàs tiene me

jor derecho,ut alijs relatis docet el señor don Iuan de Larrea como lo pretende tener in præsenti Doña Antonia del Alcaçar en competencia de Doña Andrea Ortiz del Alcaçar su sobrina, verum id est quod enixe negamus, porque es mas claro que el sol de medio dia que la dicha doña Antonia no tiene derecho alguno a estos mayorazgos en competencia de la dicha doña Andrea, ut apparebit ex dicendis in sequenti articulo.

Articvlo Segvndo

Si se deue declarar tocar la sucession de los dichos Mayorazgos para quando llegue el caso a la dicha Doña Andrea, o a la dicha D. Antonia su tia.

12 A La determinacion deste Articulo se reduce este pleyto, y su dificultad, en que es fuerça alargar mas el discurso por lo mucho que el abogado de doña Antonia juntô para esforçar su pretension. Y para proceder con toda claridad dividiremos este articulo en dos partes. En la primera parte fundaremos que Doña Antonia del Alcaçar no tiene accion a estos mayorazgos en virtud de las clausulas de su fundacion y lo literal dellas, sino expressa esclussion. Y en la segunda parte fundaremos que no la tiene por tacita, y presumta voluntad de los fundadores, en competencia cō D. Andrea Ortiz del Alcaçar hija mayor de la dicha doña Luisa, y sobrina de la dicha D. Antonia.

PAR-

Que doña Antonia del Alcaçar no tiene accion a estos Mayorazgos en virtud de las clausulas de su fundacion, y lo literal dellas.

13 FVnda su pretension la dicha D. Antonia del Alcaçar en la segunda clausula que pusimos a la letra en el numero 4, por la qual mandan los fundadores, que si del dicho Gaspar del Alcaçar no quedare hijo, suceda la hija mayor q̃ dexare: y que si esta muriere sin hijos varones, passe el mayorazgo a la otra hija segunda del dicho Gaspar del Alcaçar, pero que si sucediere el caso de que la tal hija mayor muriere dexando hijo varon, y hija, que el tal hijo varon sea preferido a la hija segunda del dicho Gaspar del Alcaçar; y que despues de este hijo varon sucedan sus hijos varones, y no los teniendo, que passe el mayorazgo a las otras hijas del dicho Gaspar del Alcaçar, conque parece dieron a entender q̃ su voluntad era que aviendo solamente hijas descendientes de la hija mayor no sucediessen ellas, sino que passasse la sucession a otra hija del dicho Gaspar del Alcazar, de suerte q̃ prefiriese la tia a las sobrinas hijas y nietas de la hija mayor, y en este caso pretende la dicha D. Antonia se halla, porque aunque confiessa que el mayorazgo entrô legitimamente en la dicha D. Luisa del Alcazar su hermana mayor, todavia insiste en que por no tener hijos varones, sino hembras, ella deve ser preferida como tia a la dicha Doña Andrea su sobrina.

14 Verum licet esto pudiera tener algun color si los fundadores uvieran quedado firmes en lo contenido en la dicha clausula, no lo tiene, y se desvanece totalmente con lo que dispusieron en la clausula quarta, que para prueva desto pusimos

ſimos a el principio de eſte informe a la letra, en la qual clara y literalmente los fundadores diſponen que en ningun tiempo, ni por alguna manera pueda ſuceder en eſtos mayorazgos hembra alguna, ni deſcendiente de ella, ut patet in clauſula ibi: *Item con condicion que en ningun tiempo, ni por alguna manera no pueda ſuceder en eſte mayorazgo ninguna hembra*; Y eſto ſin embargo de que antes en otras clauſulas dexava llamadas otras hembras, ut patet ibi: *no embargante que en lo ſuſo contenido eſtâ diſpueſto que lo ayan otras hembras*, y ſolo exceptuó la hija del dicho Gaſpar del Alcaçar, ut patet ibi: *excepto ſino fuere la hija de vos Gaſpar del Alcaçar*, y para que no ſe tuvieſſen por exceptuadas, y previlegiadas todas las hijas del dicho Gaſpar del Alcaçar, añadierõ aquellas palabras; *Y que ſiendo hembra no pueda ſuceder en ninguna manera, ſino ſola una, que es la hija de vos Gaſpar del Alcaçar, y no las hijas della*, de quarũ vi & efficatia infra latius: de ſuerte que no hallãdoſe en Doña Antonia del Alcaçar la calidad de ſer hija de Gaſpar del Alcaçar literalmente viene a eſtar excluyda por eſta clauſula, y ſu general y negativa excluſion de todas las hembras, quæ deducitur ex illis verbis: *en ninguna manera* latinè *nullo modo*, quæ ſui natura eſt dictio univerſalis negativa, & prohibitiva excludens omnem caſum *l. fin. C. de teſt. milit.* Menoch. *conſ.* 383. Cened. *ſing* 70. *n.* 1. Barboſ. *dictio.* 228. & negans omnem potentiam, ex Menoch. *de recup. poſſ. reme d.* 14. *n.* 6. & excludit diſpenſationem ut per gloſſ. *in clem.* 2. *§. illi vero verſ. nullo modo de ætat. & qualit.* & omnem modũ qui aliás eſſet permiſſus, ut dixit Seraph. *de priv. iuram. priv.* 98. *n.* 5.

15 Viendoſe convencido el abogado de Doña Antonia del Alcaçar con el rigor literal deſta clauſula quarta, procura cõ la agudeza de ſu ingenio valerſe de diferentes reſpueſtas para enervar el fundamento que della reſulta, para que ſe tenga por expreſſamente excluida la dicha Doña Antonia, ſegũ lo literal de la fundacion, y porque la diviſion en toda ma

teria

teria desta calidad, conduce mucho para mas facilmente entenderla y comprehender el discurso, pondrè cada respuesta de las que da con la replica que la convence.

Respuesta primera.

16 LO primero que responde el abogado de Doña Antonia en el n. 19. de su informe es que en la dicha clausula quarta no estan excluidas, sino expresamente llamadas todas las hijas del dicho Gaspar del Alcaçar, porque aunq̃ usó de la palabra *hija* en numero singular es indefinita, y es lo mismo que si dixera, *excepto sino furen hijas del dicho Gaspar del Alcaçar*, porque regularmente la oracion indefinita comprehende y obra lo mismo que la universal, mayormente quando entre las personas que se comprehenden, o pueden comprehender devajo de la indefinita ay una misma raçon, calidad y condicion, y que no ay razon de diferencia entre todas las que tuvieren la calidad y condicion de ser hijas de Gaspar del Alcaçar, para que digamos que solo llamô a una hija por aver usado de la palabra singular *hija*, y que excluyamos a todas las demas hijas.

Replica.

17 NO fuera muy facil satisfazer a este respuesta, si los fũdadores en la dicha clausula quarta no se uviesse declarado mas, diziendo que la hija que avia de suceder de Gaspar del Alcaçar avia de ser una sola; como parece en aquellas palabras, *Y que siendo hembra no pueda suceder en ninguna manera sino sola una que es la hija de vos el dicho Gaspar del Alcaçar*. Conque parece que juzgando que no avian bien declarado su intencion y voluntad con aver dicho en numero singular *la hija de Gaspar del Alcaçar*, para que una sola goçase deste preuilegio de no ser comprehendida en

la exclusion general de las hembras se explicaron mas, diziendo que avia de ser una sola que son palabras limitativas y restringentes, y que no admiten universalidad ni concurso, porque tanto la palabra *sola*, como la palabra *una*, y cada una de por si y sin la otra es de numero singular, ut ex Aulo Gellio *c.*8 *lib.* 19. docuit Calepinus *verbo unitas in fine*. & opponitur pluralitati ut Plauti verbis relatis ibi: *mulieres duas peiores esse quam unam* dixit Calepinus *in verb. unus* & quandoque importat idem quod *solus* ut accipitur apud Plautum ibi: *unus tunc domi eram* quem refert Calepin. *d. verb. unus*. Cicer. *lib.* 1. *Atticarum* ibi, *Praenetius unus omnino comes fuit*. & *epist.* 1. *l.* 1. *ad Quint. Fratr.* ibi *in tuis summis laudibus excipiunt unam iracundiam* solus autem propriê dicitur incomitatus & unicus, ut probatur ex illo Cicer. *lib.* 3. *offic. cui cum vissum esset utilius, solum se quam cum altero regnare fratrem interemit*. docet Calepin. *verb. solus*, & in iure dictio *solus* omnes alios excludit *l.* 2. *ff. de usu & habit. l.* 1. ibi. *soli domino ff. de condict. furt. l.* 3. *ibi. solus Princeps C. si advers. rem. iudic. l.* 1. *C. ubi & apud quem l. his solis C. de revoc. donat. l. fin. C. de leg. cap. si solus Christus dist.* 5 *cap. quae sicut in pri. de verb. signif.* Y si qualquiera destas dos palabras por si sola tiene tãta fuerça, que diremos aviendolas geminado y juntado nuestros fundadores, sino que quisieron darnos a entender con quãta deliberacion, y fixa voluntad exceptuaban de la exclusion general de las hembras unicam filiam del dicho Gaspar del Alcaçar, geminatio quippe verborum maiorem deliberationem, & enixam voluntatem manifeste inducit *l. Ballista ff. ad Trebel.* Bartol. *in l. cum scimus n.* 7. *C. de agricol. & cens. lib.* 11. Surd. *cons.* 10. *n.* 54. & *cons.* 73. *n.* 64. & passim Doctores.

18 Praeter quam quod es muy digno de ponderar que quando quisieron que sucediessen todas las hijas de Gaspar del Alcaçar por la clausula primera que dexamos referida a la letra en el numer. 3. usaron de la palabra *hijas* en el plural,

como

como parece ibi: *y despues de vos vuestros hijos y hijas:* y en la clausula tercera, ibi: *y si de vos el dicho Gaspar del Alcaçar no uvieren, ni quedaren los dichos hijos ni hijas*, que es argumento que quando en la quarta clausula quisieron exceptuar la hija de Gaspar del Alcaçar de la regla exclusiva de las hembras, el dezir *hija* en singular fue por no querer que goçase deste previlegio sino una sola, y esto se confirma mas con el sentido literal y proprio de aquellas palabras de la clausula quarta que vamos ponderando ibi: *no embargante que en lo de suso contenido està dispuesto que lo ayan otras hẽbras de mas de la dicha vuestra hija*; conque la palabra *hija* de que en esta clausula usaron no se puede entender de todas las hijas de Gaspar del Alcaçar universalmente, porque las otras hẽbras que tenian llamadas no eran mas que las hijas del dicho Gaspar del Alcaçar, de suerte que no se puede verificar esta razon sino es en todas las hijas de Gaspar del Alcaçar, excepto una sola.

19 Fuera de que esto se prueva con el sentido legal de aquella palabra *otras hembras*, que de su naturaleza es repetitiva similium, & facit possitionem eiusdem qualitatis ad præcedentia *l. quidam relegatus*, & ibi. Bart. *ff. de reb. dubijs l. 3.* ubi gloss. *C. de ser. fugit. c. sedes de rescrip.* innumeri quos refert, & sequitur Barb. *dict. 26. n. 1.* y las hembras semejantes a la hija exceptuada son todas las demas hijas que tuviesse el dicho Gaspar del Alcaçar, que son las que vienen a quedar excluidas por esta clausula quarta, y la razon que les movió a previlegiar una sola, y excluir todas las demas hijas, y nietas del dicho Gaspar del Alcaçar bien claro se ve q̃ fue por el afecto que tuvierõ a la calidad de masculinidad, præ diligentes sexum virilem quasi aptiorem ad oneris iniuncti executionem, familiæ & nominis decorem, ut ex alijs dixit el señor don Iuan de Larrea, 1. *tom. Gran. deciss. 34. n. 26.* & magis diligi masculos quam fæminas dixit Casanate *conf.*

53.

53.*n.*87.quia noſtrum eſſe magis conſervatur, & reſplendet in ſexu maſculino quam in fæmenino, ut philoſophé, & pulchré probat Raudenſis *conſ.* 35.*n.*8,*lib.* 1. y como la maſculinidad no ſe podia continuar en la ſuceſſion tan perpetuamente, llamando a todas las hijas, como llamando ſola una, por eſſo limitaron la excepcion a una, y excluyeron a todas las demas que no podian continuar, ni perpetuar tanto la varonia que amaron, y quiſieron, excluyendo todas las hembras, y llamando varones, como ſe vé bien claro del tenor de las dichas clauſulas, nec novum eſt maioratuum inſtitutores ſolam maſculinitatis ſimplicis, & nudæ prærogatìvam conſiderare, ut tradit Mol. de prim. *lib.* 3.*c.* 5.*n.* 30. & multis relatis el ſeñor D. Iuan del Caſtillo *l.* 5.*c.* 92.*n.* 37, *&* 40.

Reſpueſta ſegunda

20 LO ſegundo reſponde el abogado de Doña Antonia del Alcaçar en el numer. 29. de ſu informe, q̃ aviendo llamado los fundadores en el principio de la miſma clauſula quarta a todas las hijas de Gaſpar del Alcazar cõ la palabra indefinita *hija*, no ſe deve admitir que porque poco mas abajo dixeſẽ una hija ſola, quiſieſen excluir a todas las demas hijas que tuvieſſe el dicho Gaſpar del Alcazar porque eſſo fuera corregirſe incontinenti, lo qual no ſe deve conceder, porque cõforme a principios vulgares de derecho, mudança de voluntad en duda no ſe preſume.

Replica.

21 FAcilmente ſe deſvanece eſta reſpueſta, porque aunque es aſſi que en duda no ſe preſume que el diſponente, o teſtador quiſo incontinenti corregir ſu diſpoſicion y mu-

y mudar de voluntad, esto solo tiene lugar quãdo estamos en duda de si quiso o no quiso mudar de voluntad, mas no procede quando no ay duda sino clara disposicion, por que en lo claro no tienen lugar las presunciones y conjecturas *l. ille aut ille* 25. §. 1. *ff. de leg.* 1. *l. continuus* 137. §. *cum ita in fine ff. de verb. oblig.* late Molino *de ritu nupt. lib.* 3. *q.* 24. *n.* 110. y esta claridad de voluntad de corregir vasta que se induzga por palabras, cuyo significado sea incompatible con lo antecedente, ut provatur aperte per textũ *in l. si inæqualibus ff. de heres. inst* in cuius specie aviendo el testador instituido erederos en partes desiguales despues en el mismo testamento mandò que sucediessen por iguales partes, y resuelve el iurisconsulto que deven suceder por iguales partes, y la razon es quia censetur testator suam voluntatem mutasse per actum contrarium & imcompatibile cum prima dispossitione, consonat. text. *in l. si ita scriptum fuerit ff. illo tit.* advertit Menoch. *de præsump. lib.* 4. *præsump.* 165. *n.* 21. *& lib.* 6. *præsumpt.* 37. *n.* 48. ibi: *Declaratur tertio hæc præsumptio, ut locum non habeat, quando aliquis contrarius actus adversus illã iam expressam voluntatem gestus est:* sequitur el señor D. Iuan del Castillo *lib.* 2. *controv. cap.* 4. *num.* 14. que es lo que sucedio enel caso presente por que el mandar negativamente q̃ no sucediesse sino una sola hija es incompatible con el suceder todas como quiere el abogado contrario en fuerça de la palabra indefinita *hija*, de que los fundadores usaron enel principio de la misma clausula, fuera de q̃ aquellas palabras *una hija sola de vos Gaspar del Alcaçar*, no las pusierõ tanto para corregir lo antecedente, como para explicarlo, y darlo mejor a entender, como si dixeran, aunque emos dicho que suceda la hija de vos Gaspar del Alcaçar, no se á de entender que queremos comprehender en essa palabra indefinita todas vuestras hijas, sino que sea una sola, y no muchas aunque las tengais. Y nadie á dudado ni puede, q̃

el testador, lo que primero dixo con palabras que hazian dudosa su dispocion admitiendo extension, o limitacion por conjeturas lo puede declarar incontinenti, o de interva lo, para que cesse la interpretacion conjetural, y se sepa cō certeza lo que es de su voluntad, porque no ay mejor glosa que la del mismo disponente, qui cum se ipsum explicat non est alia glossa seu interpretatio quærenda *l. si pluribus, ibi: nisi ipse testator ex scriptura manifestissimus esset ff. de leg. 1.* Bald. *in auth. nisi rogati n. 9. C. ad Trebelianum* Parisi. *cons. 1. num. 29. & cons. 3. num. 53. volum 2.* Decianus *cons. 41. n, 110. vol. 1.* porque la regla es que quādo una palabra está puesta simplemente en cierta parte de la escritura, y en otra parte estâ calificada y declarada con mayor especialidad, semper illud verbum simpliciter prolatum recipit interpretationē modum & effectum ad exemplum eiusdem verbi magis explicite declarati in alio capite dispossitionis *l. nummis ff. de leg. 3. l. qui filiab⁹,* & ibi DD. *ff. de leg. 1. l. qui non militabat §. Lutio Titio ff. de hered. inst. l. si servus plurium §. fin. ff. de leg. 1. l. utrum ff. de pet. hered.* Alex. *cōs. 197. n. 7. vol. 6.* Bart. *in l. Cent. n. 21. ff. vulg.* Mantic. *de coniect. lib. 3. tit. 9. n. 3.* Surd. *cons. 426. num. 21. & 22. vol. 3.* unde Bald. *in l. legator. §. qui plures n. 1. ad fin. ff. de leg. 2,* certissimam conclusionem infert quod quando precedentia sunt expressa, & determinata, & sequentia obscura & generalia tunc precedentia determinant sequentia, sed quando præcedentia sunt obscura & generalia, & sequentia determinata, sequentia determinant præcedentia *ut in l. si cum fundum ff. de verb. sign.* Ang. *cons. 282. n. 5.* concludens quod ubi unicæ partis dispositionis est certior intellectus declarat, & dat intelligere aliud eiusdem intellectū qui est magis obscurus, sive pars clarior sit prolata exceptivē, *l. nam quod liquide §. fin. ff. de pen. leg.* sive dispositive *ut in l. quoties C. famil. hærciscundæ.*

Res-

Respuesta tercera.

22 LO tercero responde, que el aver dicho los fundadores que sucediesse en el mayorazgo sola una hija del dicho Gaspar del Alcaçar, fue para q̃ aun mismo tiempo no sucediessen dos hijas, de modo que se dividiesse entre ellas el mayorazgo contra lo individuo que es propio y natural de los mayorazgos, que es preciso anden en una sola persona, y no en dos aun mismo tiempo.

Replica.

23 VErum satis apparet quan fribola, y violenta sea esta respuesta, porque para excluir la pluralidad de sucessores en un mismo tiempo con solo dezir que fundavan mayorazgo, lo dexavã dispuesto, por ser propio y essencial de los mayorazgos el no poder suceder en ellos mas q̃ uno y no muchos a un mismo tiempo, sino successivamente: fuera de que expressamente tenian ya los fundadores dispuesto esta misma individuidad de personas en otras clausulas donde era su propio lugar, sin que tuviessen para que en una clausula que pusieron solo para excluir generalmẽte todas las hembras volverlo a repetir, y con palabras mas confusas si fueran solo puestas para excluir la sucessión de muchos a un mismo tiempo, fuera de que con evidencia se reconoce que no las pusieron para esse fin, sino para excluir la sucession succesiva de mas de una hija del dicho Gaspar del Alcaçar, por la fuerça de aquellas palabras; *Y q̃ siendo hembra no pueda suceder de ninguna manera sino sola una hija, &c.* que en el sentido que quiere el abogado de Doña Antonia, fue lo mismo que si dixeran los fundadores que siendo hembras no sucediessen aun mismo tiempo dos, y esta era una disposicion superflua é inadvertida, & nullatenus

nus admitenda quia interpretatio ita semper facienda est, ut quis censeatur providere in casu magis necessario.& in quo mayor adest providendi necesitas, y no en caso in quo nulla urget providendi necesitas ex Goçadino *cons*.2, *num*.30. Menoch.*cons*.56.*num*.29. Sfortia *cons*.69 *num*.43. Casan.*cons*.53.*num*. 72. y della sacaramos por argumento de contrario sentido que si fuessen varones pudiessen suceder dos aun mismo tiempo, y esto ya se ve que ni el testador lo avia de querer contra la naturaleza de los mayorazgos, y contra lo que el mismo en tantas partes tenia dispuesto clara y literalmente, de suerte que se reconoce bien que el darle semejante inteligencia a las dichas palabras solamẽte es querer destruir la voluntad de los fundadores con escrupulosas sutilezas, quod minime licet ex Bæroio, *cons*. 92 *lib*.2.*num*.18. Molino *d.q*.24 *num*.102. nec clara tergiversari debent *c stote misericordes extra de reg. iuris* exornat late Menoch.*cons*.399.*num*.4. Molino *d.q*.24.*num*.111. nec opus est glossis, & superfluis interpretationib. ad veritatem eruẽdam, Bald.*cons*.303.*lib*.1. quas idem Bald.*cons*.122.*lib*.2. advocatorum cavilationes nuncupat. late Pereg.*de fideicomm. art*.1.*num*.2. Molino *d.q*.24.*n*.113.

Respuesta quarta.

24 LO quarto responde en el numero 34. que aquellas palabras generales *otras hembras* no se pueden entender de las hijas del dicho Gaspar del Alcaçar, porque siempre q̃ hizo mencion de hijas de Gaspar del Alcaçar, las nombrò con el nombre particular y especial de hijas, y las otras hẽbras devajo de la generalidad de decẽdientes, no mencionãdolas ni aun con la palabra hẽbras, que quiere dezir el abogado cõtrario estan tambien llamadas en las palabras de que usaron los fundadores en la clausula tercera del llamamiento de Baltasar del Alcaçar, y sus decendientes: ibi,

y otros

y otros decendientes legitimos suyos auidos, y procreados por linea derecha masculina.

Replica.

25 PEro satisfazese cõn q̃ por dos razones aquellas palabras *otras hẽbras*, es preciso se entiendan de las hias de Gaspar del Alcaçar. La primera, porq̃ la palabra *otras* es repetitiua de los semejãtes cõ todas sus calidades, vt diximus *sup. n.* 19. y pues acabãdo de dezir, q̃ exceptuauan la hija de Gaspar de Alcaçar dixeron, que esto se entẽdiesse, aũnque antes quedauan llamadas otras hembras, se entienda de otras hembras hijas de dicho Gaspar del Alcaçar, para que aya lugar la repeticion que obra la palabra *otras*. La segũda razon es, que si aquellas palabras *otras hembras* no las entendemos de las hijas de Gaspar del Alcaçar no las podemos entender de otras diferentes, porque las hembras que quedauan llamadas, no erã mas que las hijas de Gaspar del Alcaçar, como parece por las clausulas, que al principio pusimos a la letra. Y sino se refieren a ellas, no ay otras a que se puedan referir, porque aunque quiere el Abogado cõtrario *num.* 23. que estuuiessen tambien llamadas las hembras de Balthasar del Alcaçar en fuerça de aquellas palabras, *y otros decendientes legitimos suyos auidos, y procreados por linea derecha masculina*, fundandose en que en ellas tiene llamamiento la hija de descendiente varon, por no ser este mayorazgo de agnaciõ absoluta, quod suadere conatur authoritate Molinæ *lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 37. señor D. Iũan del Castillo *lib.* 2. *controu. c.* 2. todauia es proposicion sin fundamento.

26 Lo primero, porque en el llamamiento del dicho Baltasar del Alcaçar, y sus decendientes, no hizieron los fundadores mencion de las hijas del dicho Baltasar del Alca-

çar; como la hizieron en el llamamiento de Gaspar del Alcaçar, y solamente inuitaron a la sucessiõn a sus hijos, y nietos varones, y otros decendientes por linea derecha masculina, con que excluyeron todos sus decendientes hẽbras en fuerça de aquellas palabras, *linea derecha masculina*, que de su propria naturaleza excluyen toda hembra, porq̃ ninguna dellas se dize ser de linea derecha masculina, sino principio de la linea feminina, vt cum magis recepta, & veriori sententia docuit Fusarius *de substitut. q.* 346 *num.* 31. auiendo referido, y citado en el *num.* 12. veinte y quatro Autores antiguos y modernos por esta opiniõ, & in fine affirmat secundum eam consuluisse, Addit. ad Molin. *d. cap.* 6. *num.* 38. ibi: *Et vbi de linea masculina fit mentio filia quamuis ex masculo procedens sub linea masculinæ vocatione nõ cõtinetur, quæ licet sit descendẽs à masculo, & cõtineatur in linea, est nihilominus alterius lineæ principium*; Y el señor Luis de Molina tuuo esta misma opinion *in dict. num.* 38. por lo qual no lo pudo citar por si el Abogado de doña Antonia; porque en el *num.* 37. que lo cita vâ hablando en las sucessiones ordinarias, y temporales, y luego en el *nu.* 38: se limita en los mayorazgos, y sucessiones perpetuas, ibi. *Hæc autem communis opinio in Hispanorum maioratibus non procedit.* Et agnouit el señor don Iuan del Castillo *dict. cap,* 2. *numer,* 12. dum sic ait: *In maioratibus vero an idem, diuersum ve ius constituendum sit videbimus nunc, & Molina vbi sup. lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 38 *& lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 69. *constanter tuetur fœminam per lineam masculinam descendentem non comprehendi in Hispanorum primogenijs, quibus vocantur ij, qui per lineam masculinam descendunt.* Y aunque paulò post ab opinione Molinæ discedit *in dict. cap.* 2. nouissime *libr.* 5. *cap* 91. *num* 84. *vers. Verum enim vero.* In hæc verba prorumpit: *Hanc autem partem contra Molinam ego metipse substinui dict. cap.* 2. *libr.* 2. *Vsu tamen adeò communi placito receptam ipsius Molinæ resolutionem*

tionem vidimus, & rationem ab eruditissimo eo viro adductam ita placuisse vt cum difficultate ab eiusdem sententia recedi possit, vel altera, quam ibi substinui, seruari.

27 Nec tunc obstat, el dezir en el numero 38. que el argumento que hazemos para que por aquellas palabras, *vna sola hija de vos Gaspar del Alcaçar*, se excluya a todas las demas hijas, lo tomamos a contrario sensu, y que es lo mismo, que si dixeramos, no quiso que sucediesse mas de vna, luego excluyó a todas las demas hijas que tuuiesse el dicho Gaspar del Alcaçar, y en esto se engaña, porque no hazemos tal argumẽto, ni necessitamos del, y lo que dezimos es, que por su significado proprio de aquellas palabras *vna sola*, no está exceptuada mas que vna hija, porq̃ la vnidad se opone ex diametro a la pluralidad, mayormente junta con la palabra *sola*, que tiene la misma oposicion con la pluralidad, y juntas ambas denotan la enixa voluntad de los fundadores de que no fuesse mas de vna hija de Gaspar del Alcaçar la exceptuada, vt latê probauimus, *sup. num*, 17, vbi *dicta hic repetenda sunt.*

28 Y menos obsta el dezir, que no ay razon de diferencia, sino vna misma, para que como exceptuaron vna hija, se entienda tambien auer exceptuado todas las demas hijas de Gaspar del Alcaçar, porque la razon que se puede considerar para admitir vna hija de Gaspar del Alçaçar, es el ser agnata como hija de varon, calidad, que igualmente se daua en todas las demas hijas del dicho Gaspar del Alcazar.

29 Porque se responde, con que este mayorazgo no fue de agnacion, porque para ello era necessario que expressamẽte lo dixessen los fundadores, y en toda su contextura litteral, no se halla expresßion de agnacion, que se entiende quando, o por via de precepto dispositiuo, o en forma de razon general de su disposicion el testador por palabras expressas,

preſſas, y claras dize, que quiere conſeruar ſu agnacion, vt colligitur apertè ex Molina *de primog. libr. 3. cap 5. num. 1. & ſeq.* Simon de Prætis *de interp. vlt. vol. lib. 3. interpr. 3. dub. 1. ſolut. 11. num. 3.* & paſsim Doct. Y aunque confeſſamos, que baſtára tacita, y preſumpta voluntad de agnacion, quam ex coniecturis elici poſſe fatentur Interpretes, eſta totalmẽte ceſſa, quando in aliqua parte diſpoſitionis fœminæ vocantur, con prelacion a algùnos varones agnatos, aunque otròs varones agnados ſe les prefieran in aliqua, & priori parte diſpoſitionis, Molin. *dict. cap. 5. num.* 50. vbi Lima eius Additionator plures cumulat, & ſequitur Molino *d. q.* 24. *num.* 143. Surdus *conſ.* 475. *num.* 19. ibi: *Et procederet ea ratio ſi dum ſuperſunt maſculi aliquo caſu eſſent vacatæ fœminæ.* Peregr. *de fideicom. art. 25. num.* 26. D. Caſtellus *lib. 5. cap. 92. num.* 16. dum ſic ait: *Quintus, & vltimus caſus ſit, ſi dum ſuperſunt aliqui maſculi, & ſi agnati, aliquo caſu eſſent vocatæ fœminæ, atque ita non in defectum maſculorum agnatorum, ſed potius exiſtentibus, & poſt poſitis inuitatæ fuerint ad ſucceſsionem; tunc namq; nõ videbitur agnationis ratio illo caſu, nec in aliqua perſona.* Como en nueſtro caſo lo eſtá vna hija, aunq̃ ſola del dicho Gaſpar del Alcazar, y todas en el ſentido, que el Abogado contrario quiere dar a eſta clauſula quarta, de cuya fuerça vamos hablando, inſiſtiendo en que no eſtã excluidas todas las hijas del dicho Gaſpar del Alcazar, ſino exceptuadas de la general excluſion, y no ſiendo mayorazgo de agnaciõ, no ſe puede dezir, que en la linea derecha maſculina, quedò comprehendida la hembra hija de voron, por ſer agnata, y que por eſta meſma razon ſe deuen tener por cõprehendidas todas las hembras que tuuieron la calidad de agnatas, y es preciſo, que entendamos, que el auer llamado los decendientes por linea derecha maſculina, fue por amar la calidad de maſculinidad, que no concurre en la hija, aunque decienda inmediatamente de varon, y de aqui

es

es que el admitir a una ſola hija de Gaſpar del Alcaçar, no fue por ſer hija de varon, ſino previlegio perſonal, con que quiſo faborecerla exceptuandola de la excluſion general de hembras, y como perſonal no ſe puede eſtender a diferentes perſonas *leg. priuilegium de reg. iur.* cum vulg. como lo ſon las demas hijas. Y es muy digno de ponderar que los fundadores en la dicha clauſula quarta expreſamente excluyeron de la ſuceſion a las hijas de la hija de Gaſpar del Alcaçar por ſer hembras, conque dieron a entender quanto aborrecian el ſexo femenino, pues exceptuando a la madre no quiſieron que quedaſen exceptuadas las hijas de ella por faltarles la calidad de maſculinidad, porq̃ de otra ſuerte no avia razon para que las quiſieſſen excluir, pues el miſmo amor ſe tiene a los nietos y nietas, que a los hijos y hijas, y el no querer que ſucedieſſen las nietas o biſnietas ſino excluirlas expreſſamente, bien claro ſe ve que fue por faltarles la calidad de maſculinidad, que es lo miſmo que les faltô a las demas hijas de Gaſpar del Alcaçar, y ſus nietas y biſnietas, y por el conſiguiente como excluyeron a las hijas de las hijas, no es mucho que excluyeſſen tãbien a las demas hijas hermanas de la una ſola hija que exeptuaron de Gaſpar del Alcaçar, y para aver de admitir otras hẽbras mas que la una ſola hija de Gaſpar del Alcaçar, mas razon avia de admitir a las hijas de la hija llamada, que a las hermanas della, por ſer de mejor linea, y no quebrantarſe la regla de derecho que diſpone que en entrando el mayorazgo en una linea no ſalga della, haſta que todos los de aquella linea varones y hembras ayan fenecido *c. 1. de nat. ſucc. feud.* Molin. *de primog. lib. 3. c. 4. num.* 13. ubi nuncupat communem & receptiſſimam opinionem. Molino *d. q. 24. num.* 126. Burg. de Paz conſ. 29. *num.* 48. plures laudat, & ſequitur D. Caſtellus *lib. 5. c. 93. n. 4.*

30 Y aqui es preciſo ponderar que en la clauſula ſegunda

en que dio la forma de la sucession de las hijas de Gaspar del Alcaçar, que expressamente dexauan llamadas en la primera clausula, dixeron los fundadores, que si muriendo la hija de Gaspar del Alcaçar, no dexare hijos, sino hijas, estas fuessen excluidas, y boluiesse la sucession a la otra hija segũda de Gaspar del Alcazar, y en esta clausula quarta, aunque excluyeron a las hijas de la hija, vna, y sola de Gaspar del Alcaçar, no dixeron, que sucediessen las otras hijas de Gaspar del Alcazar, y si quisieran que sucedieran lo exceptuaran, como lo hizieron, quando auian llamado a todas las hijas de Gaspar del Alcazar, quod enim testatór non loquitur velle non præsumitur *l. Labeo ff. de sup. leg.* notat Bald. *in l. voluntatis ad fin. C. de fideicom.* Y si lo quisieran, facil les era expressarlo, *l. 2. §. sin autẽ ad deficientis C. de cad. toll. cap. ad Audientiam de decim.* Burg. de Paz *cons. 34. nu. 12.* D. Larrea *tom. 1. decis. Granat. 34. num. 29. circa finem*, pero como no quedauan comprehendidas en la excepcion desta clausula, sino en su regla exclusiua, no hizieron menciõ de las demas hijas de Gaspar del Alcazar, porque no era compatible el sustituirlas a la vna hija exceptuada, dexandolas excluidas en lo general.

31 Ex prædictis numer. 29. se desuanece lo que ponderó en el num. 49. diziendo, que si a los fundadores del dicho mayorazgo se les propusiera el caso deste pleyto en que concurren la dicha doña Andrea, y la dicha doña Antonia, y se les preguntasse, qual de las dos querian que vuiesse, y lleuasse el dicho mayorazgo, respondieran, que la dicha doña Antonia, por ser hija agnata, y no la dicha D. Andrea, por ser hija de hembra, siendo assi que la dicha doña Antonia deciende de los fundadores, por linea masculina, por ser hija de varon, y la dicha doña Andrea por linea femenina, y que esto mesmo que respondieran los dichos fundadores, si se les preguntara se ha de tener por dispuesto, y expressado,

como

comò si se contuuiera enla escritura del dicho mayorazgo, porq́ si nũca fue intẽciõ delos fundadores expressa, ni tacita cõseruar la agnaciõ, y en igualdad de sexo, claro es, q́ los fũdadores en el caso, y concurso presente, si se les pregũtára, respondieran, y assi lo ordenáran, que la dicha doña Andrea fuesse preferida a la dicha doña Antonia, por ser hija dela vltima sucessora, y posseedora, y q̃ se hallа cõ tantos hijos varones, y hẽbras, y sin mas caudal q̃ estos mayorazgos, cõ q́ cõseruarà su decendecia y memoria, y boluerá la varonia circunstancia q̃ no concurre en la de D. Antonia, porq́ no tiene hijos, ni decendiẽtes, ni esperãça de tenerlos por su mucha edad, fuera de q́ en preferir a la dicha D. Andrea, se conformaron con lo dispuesto por derecho, q́ no permite, que auiendo decendientes dela linea del vltimo posseedor, salga della el mayorazgo, y passe a buscar sucessor de otra linea, y en duda siempre se ha de entender, que el testador, o disponente se quiere confirmar con lo dispuesto por derecho comun, vt sæpé sæpius repetunt DD. & plene declarat Menoch. *de præsumpt. lib. 4. præsumpt. fin.* Mantic. *de coniecturr. vltim. volunt. lib. 6. tit. 6. à princip.* Mieres *de maiorat. initio secũ dæ partis num.* 15. *&* 16. & probat text. *in l si duo*, vbi Bald. & Castrensis *ff. de acquir. hæred.* Surd. *decis.* 2. *nu.* 11. *& decis.* 119. *num.* 22. Molino *dict. qu.* 24. *num.* 115. segun lo qual no tiene duda el mejor derecho de la otra doña Andrea en competencia de la dicha doña Antonia.

32 Y con lo dicho se excluye el dezir num. 50. y los tres siguientes, que el pronunciar en fauor de la dicha doña Antonia, será seguir la voluntad de los fundadores, y el pronũciar en fauor de la dicha doña Andrea, serà contrauenir a la voluntad de dichos fundadores, porque expressa voluntad, no la tenemos en su fauor la dicha doña Antonia, y la tacita, y presumpta le tiene la dicha doña Andrea, por el mismo argumento q̃ haze la dicha doña Antonia en el dicho

nu-

numer. 49. y arriba dexamos retorcido contra ella.

33 Y aunque confessamos sin perjuizio de la verdad, que con tanta euidencia dexamos prouado, q̃ todas las hijas de Gaspar del Alcaçar quedaron exceptuadas de la general exclusion de hembras, que se contiene en esta clausula quarta, no puede la dicha D. Antonia pretẽder, que deue gozar de essa excepcion, y priuilegio, porque en su persona no se verifica el ser hija de primer grado de Gaspar del Alcaçar, pues es su nieta, sin que obste el dezir, que en la palabra *hija*, si non proprie saltim per interpretationẽ, & attenta maioratum natura neptes, & proneptes, & reliquae fœminæ in infinitũ descendẽtes comprehenduntur, porque respondemos, Lo primero, que esso se entiende, quando verba: *filius* vel *filia*; *filij*, vel *filiæ*, simpliciter, & absolute proferuntur, secùs dicendum si proferantur cum aliqua qualitate restrictiua ad filios, vel filias primi gradus, siue quæ nepotibus, aut neptibus non cõueniat, quippe tũc appellatione filiorũ vel filiarũ nepotes, vel neptes nõ cõprehendũtur ita Socin. sen. *in l. Gallus §. instituens n. 5. ff. de liber. & post.* Menoc. *de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 93. num. 41. & consil. 315. numer. 21. & 22.* Surd. *cons. 403. num. 24. 40 & 57. & in tract. de alimentis, tit. 9. q. 39. num. 16. & 39.* D. Castellus cum multis *lib. 5. controu. c. 92. num. 28.* ibi: *Prætereà, & ipsa probatur ex alia communi, & recepta scriuentium sententia; quod filij appellatione, quanuis in fideicommissis, & primogenijs nepotes comprehendantur, & cæteri descendentes id tantum semper intelligi solet, quando verbum ipsum filiorum simpliciter, & absolutè profertur; secus tamen si proferatur cum aliqua qualitate restrictiua ad filios primi gradus, siue quæ nepotibus non conueniat, quia tunc nepotes non cõprehenduntur.* Terminos en que nos hallamos, porque la palabra *hija*, de que vsaron los fundadores en esta clausula quarta, non fuit simpliciter prolatum, sed cum qualitate restrictiua quem præseferunt verba illa, *de vos Gaspar del Alcaçar.* Quippe quod

ver-

verbum illud *vos* restringit dispositionem, vt notatur *in l. qui liberis §. hæc verba ff. de vulg. l. fin. C. de hered. instit.* Bart. *in* l. *Gallus §. instituens ff. de lib. & post.* Burgos de Paz *cons. 34. n.* 25. eleganter Menoch. *cons.* 215. *num.* 31. ibi: *Septimo accedit quod cum testator instituit Ioannem Guillelmum filium suum, & ei morienti sine filijs masculis dedit facultatem accipiendi sexaginta mille solidos pro dotandis filiabus suis, & paulò post in substitutione de qua nunc agimus ita subiungit: & residuum quod veniat ad filias dicti Ioannis Guillelmi hæc verba* filiabus suis, & filias dicti Ioannis Guillelmi *significant filias primi gradus, non autem neptes ita in specie docuit Socin. in l. Gallus §. instituens num. 5. ff. de lib. & post. dum declarat textum in l. cum pater §. hæreditatem ff. de legat. 2. & defendens opinionem quandam Imolæ, dixit quod si testator vsus sit his verbis filijs suis, vel filijs Titij tunc non continentur nepotes. Et idem quod Socin. scripsit Iasson in d. §. instituens num. 23. Alex. cons. 4. n. 6. lib. 4 & huius traditionis ea potest esse ratio, quia testator restrictè, & limitatiuè loquitur habita, silicet relatione ad certam personam, atque de filijs immediatè loquitur, & propterea nepotes non continentur cum immediatè filij dici non possint sicut tradunt Corneus cons. 47. n. 13. lib. 4. Alex. cons. 96. lib. 5. Crauet a cons. 98. n. 9. & Rimінald. iun. cons. 173. n. 9. lib. 2.* Y *lo* mismo que Menoch. y los que el cita in prædictis verbis defendunt tanquã verissimũ Natta *cons. 551. n. 28 lib. 3.* Prætis *lib. 3. interpret. 3. dubitat. 4. num.* 36. Sese *decis. 53. n.* 13. D. Castell. *d. c. 92. n.* 30.

34 Lo segundo, porque quando el testador, o disponente discretiuè, & separatim loquitur de filijs, & nepotibus, es resolucion llana y assentada, que appellatione filiorum, vel filiarum non veniunt nepotes vel neptes, sed tantum, los hijos, o hijas de primer grado, vt cum multis obseruat Menoch, *d. cons.* 215. *n.* 69. Surd. *cons.* 403. *n.* 22. *& cons.* 554. *nu.* 9. Sesse. *decis.* 63. *n.* 110. Petra *de fideicom. questione* 11. *numero* 24. Prætis *lib. 3. interpr. 3. dubit. 4. sol. 1. nu.* 43. D. Castellus *d. c.* 92.

G *n.*

n.31. y los fundadores en nuestro caso bien claramente se ve del tenor desta clausula 4. que hablaron discretiuamente de las hijas, y nietas de Gaspar del Aleaçar, admitiendo a las vnas, y excluyendo a las otras, vt patet ibi: *Y que siendo hembra no pueda suceder sino sola vna, que es la hija de vos Gaspar del Alcaçar. o el hijo, o hijos varones de la dicha vuestra hija y no las hijas della.* De suerte, que dispusieron discretiuê loquendo, que las hijas de Gaspar del Alcaçar sucediessen, pero no las nietas: y con el mismo estilo discretiuo hablaron en la primera clausula, ibi: *Y despues de vos vuestros hijos, y hijas, y nietos, y bisnietos, y otros decendientes varones,* y en la clausula 3. vt patet ex eius serie, Y siendo este el sentido literal, y liso de la clausula, no podemos apartarnos del, sino es por palabras claras *l. non aliter ff. de leg.* 1. *l. si alij fundum ff. de vsufr leg.* Menoch. *cons.* 47. *n.* 40. Peregr *de fideicom. art.* 11. *â n.* 48. & tutius esse inhærere verbis, & propriæ eorum significationi, quam ab eis particularibus considerationibus discedere dixit eleganter Cic. *lib.* 2. *de inuent.* ibi; *Multo proprius accedere ad voluntatem scriptoris eum, qui ex ipsius eam litteris interpretatur, quam illum qui sententiam scriptoris non ex ipsius scripto expectet. sed domesticis suspitionibus perscrutetur.* Ex quo recte aiebat D. Larrea *decis. Granat.* 54. *n.* 1. Quia quãdo voluntas disponentis est clara illam interpretari magis est mentem, & voluntatem disponẽtis perimere quam exprimere. Igitur iure optimo contendimus, que doña Antonia del Alcaçar por no ser hija de Gaspar del Alcaçar de primer grado tiene expressa exclusion destos mayorazgos, aun en caso que sin perjuizio de la verdad confessaramos que todas las hijas de Gaspar del Alcaçar estuuiessen exceptuadas, y preuilegiadas de la exclusion.

35 Bien fundado parece queda, qhe la dicha doña Antonia del Alcaçar no tiene derecho, y accion a la sucession destos mayorazgos, atento el rigor de la clausula quarta,

que

que hasta aqui hemos ponderado, en que todas las hembras tienen general exclusion, y que dessa generalidad solamente quedô exceptuada vna sola hija de Gaspar del Alcazar, con que para obtener sentencia en su fauor, la dicha doña Andrea, no necessitauamos de passar adelante en este informe: pues se halla rea convenida como possedora a quien para obtener le vasta, que el Actor no prueue, ni funde su intencion, accion, y derecho, que deduze aun, en caso de duda *l. Arrianus ff. de action. & obligat. l. qui accusare, C. de edendo.* Præsertim si reus possideat *§. commodum inst. de interdit, la*te cum multis Molino *d. q. 24. n.* 108 Pero por hazer mas euidente la justicia de la dicha D. Andrea passaremos a la segunda parte deste articulo; donde fundaremos, que aunque atento el rigor de la clausula 4. estan excluidas de la sucessiõ, tanto doña Antonia, como doña Andrea, ex alio capite la tienen, saltim, ex presumptamente fundatorum, & legis supplemento, para ser admitidas. Cosa que no es nueuo en derecho: multoties enim, qui ex vno capite alieni sunt à succesione, ex alio capite possunt, & debent admitti *l. 1. §. Sed videndũ ff. de succ. edict, l. si pater is §. qui duos ff. de adoptio. l. debitor §. fin. ff. ad Trebel.* ibi: *Quia non quasi heres, sed quasi mater ex pacto accepit. l. tutor petitus §. quæ tutoribus ff. de excus. tutor. l. profectitia §. Papinian. ff. de iure dot. l. qui duos ff. de coniung cum emanc. lib.* ibi *Propter id caput edicti, quod à Iuliano introductum est, idest, ex noua clausula.* Y que la dicha doña Andrea tiene mejor derecho, que la dicha doña Antonia su tia.

Que aunque se deuen oy admitir las hembras, por presumpta voluntad de los fundadores, no puede D. Antonia competir con la dicha D. Andrea su sobrina.

36 AVnque por lo literal desta clausula parece, q́ todas las hembras estan excluidas de la sucession destos mayorazgos, excepto vna sola hija del dicho Gaspar del Alcazar, por lo presumptiuo, y conjetural, auiendo llegado las cosas a terminos de no auer varon alguno, sino solamente hembras, estas se deuen admitir a la sucession, vt ex omnium Doctorum resolutione defendunt tanquã verissimum Mieres *de maior.* 1. *p q.* 2. *n.* 16. & latius 2 *p. q.* 6. *n.* 183. Sesse *decis.* 308. *à n.* 9. Molino *de ritu nupt. lib.* 2. *q.* 24. *n.* 196. *&* *n.* 216. Valenzuela Velazquez *cons.* 40. *n.* 3. D. Castellus *tom.* 5. *c.* 92. *n.* 12. Fusarius *de substit. q.* 311. *n.* 45. Fontanel. *de pact. nupt. tom.* 1. *clausul,* 4 *glos.* 25. *n.* 17. *&* 18. Noguerol. *allegat.* 23. *n.* 173. Perez de Lara *de vit. hom. c.* 30. *n.* 112. Y se fundan en dos razones juridicas. La primera, que el caso de no auer varon alguno, y auer solamente hembras, no lo preuinieron los fundadores, ni literalmente dispusieron lo q́ en tal caso se auia de hazer, y quando es caso omitido se presume dexarlo a lo dispuesto por derecho *l. commodissime ff. de lib. & posthum.* Cum vulgatis. Y lo que por todos derechos esta dispuesto es, que a falta de varones sucedan las hembras, mayormente si en el mesmo caso no se hallan excluydas expressamente, vt late, & per docte probat Molin. *lib.* 3. *de primog. c.* 4. *à n.* 1. Miet. *de maior.* 2. *p. q.* 6 *n.* 21. Fusat, *vbi sup. q.* 385. *ex n.* 3. D. Castellus *lib.* 2. *controu. c.* 4. *n.* 158, *&* 159. *& lib.* 3. *c.* 19. *n.* 146. La segunda, porque si a los fundadores

se les

se les preguntára que se auia de hazer en caso que no vuiesse varon alguno, pues dexauan excluidas las hembras, no es duda, que responderian, que sucediendo tal caso se admitiessen las hembras, porque se perpetuasse el mayorazgo, y no quedassen los bienes libres cõtra el fin principal, que tienen todos los que fundan mayorazgos de perpetuar su memoria, y lustre de su familia. Y conforme a derecho se tiene por dispuesto y ordenado lo que en caso de duda el testador, o disponente respondiera si se le preguntára glos, communiter recepta verb. *exceptionem in l. tale pactum §. fin. ff. de pactis*, late D. Castellus *lib. 1. controv. ult. vol. c. 12.* per totum, y en este caso la ley supla la substitucion, o llamamiento de las hembras etiam si exclusæ exprese reperiantur, y dizen muy bien, que aunque ex lege fundationis amiserint ius ad maioratum admiti tamen debent ex dispositione iuris eas includentes in defectum omnium masculorum arg. tex. *in l. si filius qui patri 42. ff. de bon. libert.* ibi: *& qui alio iure venit quam eo quod amissit non nocet id quod perdidit, sed prodest id quod habet, sic edictum est patrono, eidemque patroni filio nõ abesse, quod quasi patronus delinquerit si vt patroni filius venire possit*, docuit Oldrand. *cons. 16. n. 4.* & eo relato Noguerol, *d. alleg 23. n. 175*

37 Segun lo qual solo es de ver qual de las dos hembras que oy litigan tienen mejor derecho a la sucession quando llegue el caso de la muerte de la dicha D. Luisa del Alcaçar, y que le tenga la dicha Doña Andrea Ortiz del Alcaçar su hija probatur, porque en la sucession de los mayorazgos lo primero que se deve mirar es la linea de los pretendientes, porque el de mejor linea siempre prefiere al otro de linea inferior mayormente siendo decendiente, o pariente mas cercano del ultimo posseedor del mayorazgo, porque aviendo entrado en una linea no puede salir della, y hazer transito a otra linea, hasta que estê acabada

113

por muerte, o incapacidad de todos aquellos que fueren de la linea que preocupo la sucession del Mayorazgo, y no recibe duda que doña Luisa del Alcaçar, como hermana mayor de la dicha Doña Antonia, en quien entrò legitimamente la sucession actual destos mayorazgos, adquiriô para si y todos los decendientes della el derecho de la sucession, y siendo como es su hija mayor en edad, y sin competencia de varon en igual grado la dicha Doña Andrea no puede hazerle contradicion la dicha doña Antonia su tia, que es de diferente y inferior linea, y transuersal, respecto de la dicha doña Andrea, vt late cũ multis docet Castellus *lib. 5 cap. 93. n. 4.* & tanquam indubitabile cõstituit *eodem lib. 5. c. 91. nu. 71.* vbi satis ad rem præsentẽ sic ait. *Ego sanè distinguendum existimo inter filiam vltimi possessoris, & sororem aut transuersalem ipsius, vt filia, scilicet, quæ ex linea vltimi possessoris est, ei que gradu proximior, atque ita linea gradu, & proximitate aliam fœminam præcedit, quæ ex ea linea est, quæ iam fuit extincta per transitum maioratus ad aliam lineam; sicque attendi non debeat, sed linea vltimi possessoris, ad quam maioratus transitũ feit, & inquam semel legitimè intrauit, filia inquam vltimi possessoris fœminam alterius lineæ vincere, & superare debeat; linea namque, gradu, & proximitate vltimi possessoris potiora iura obtinet.* Y estos son principios tã llanos y assentados en materia de mayorazgos regulares, q̃ no necessitan de mas comprouacion, ni los niega, ni puede el Abogado de la dicha doña Antonia en su informe, y lo que procura persuadir es, que en el caso destos mayorazgos, no se deue juzgar por lo regular, atento a que ay disposicion clara de los fundadores, en que dierõ la forma de como auian de suceder las hijas, y nietas del dicho Gaspar del Alcaçar, en caso que el muriesse sin hijo varõ, que fue que en caso que la hija mayor del dicho Gaspar del Alcaçar muriesse sin hijos varones, dexando hijas, no sucediessen

sen estas, sino que passasse el mayorazgo. La segunda hija del dicho Gaspar del Alcaçar, como se ve en la clausula segunda que pusimos a la letra en el num. que fue clara voluntad de q̃ la tia fuesse preferida a las sobrinas, aunque fuessen de mejor linea, y decendientes de vltimo posseedor, y que esta misma forma de suceder se deue tener por repetida en la sucession de todas las demas hembras, aunque no sean hijas del dicho Gaspar del Alcaçar, sino de sus hijos, y nietos, y demas decendientes varones.

38 Pero este fundamento se excluye por muchas razones. La primera, es, que como ya diximos, el auer de suceder las hembras, en caso de no auer varon alguno, sin embargo de la general exclusion, que todas tienen contra si, por la clausula quarta, fue caso omitido por los fundadores, con que fue visto dexarlo a la disposicion del derecho comun, que suple las substituciones atenta la naturaleza perpetua de los mayorazgos, ac per consequens debent esse regulares, & alijs relatis notauit Noguerol. *d. allegat. 23. n. 176.* ibi: *Et in hoc casu, in quo sunt omnes exclusi, duratio maioratus prouenit à perpetuitate, & substitutionibus factis à lege, quæ regulares esse debent iuxta naturam maioratus, vt per Molin. lib. 1. c. 6. n. 26. & lib. 3 c. 5. n. 61. vers. Illud tamen Gama decis. 354. aliàs 355. num. 4. vers. Alternm, & num. 8. & 6, vers. Cum igitur Mieres 2. p. q. 6 n. 279 in 2 editione Castillo tom. 6. c. 117. nu. 21. cum duabus seqq. Sesse post decis. 254. in responso ad motiua nu. 9. tom. 3.* Y lo mismo sigue por llano Lima *in Addit. ad Molin. d. c. 5. nu. 61.* ibi: *Et ratio prædictorum est, quia substitutio restrictiua, & personalis facta certæ personæ non intelligitur facta in alijs eius descendẽtibus cum qualitate priori facta, quia in casibus omissis, qui à lege supplentur non fit repetitio.* Y ya dexamos fundado vbi proximè n. 37. que lo regular de los mayorazgos es, q̃ auiendo entrado el mayorazgo en vna linea, no deue salir della, hasta q̃ todos los q̃ son de aquella linea se ayan

aca-

acabado: cõ que es llano en nuestro caso, q̃ auiẽdo entrado estos mayorazgos en la dicha D. Luisa, cuya hija es la dicha D. Andrea, ac per cõsequẽs de su linea, no puede hazer trãsito a la linea de la dicha doña Antonia, antes se le deue preferir la dicha D. Andrea, como hija de la vltima posseedora.

39 La segunda razon es, que la orden y forma, que en la dicha clausula segunda dieron los fundadores, fue personal para las hijas del dicho Gaspar del Alcaçar, los quales quisierõ que en caso que el dicho Gaspar del Alcaçar muriesse sin hijo varon, que passasse la sucession a la hija mayor que tuuiesse, y que si esta muriesse sin hijos varones, aunque dexasse hijas, no sucediessen estas, sino la hija segunda del dicho Gaspar del Alcaçar, que fue preuilegio, que le dio cõtra lo dispuesto por derecho y costumbre vniuersal destos Reynos, que no permite que auiendo decendiente del vltimo posseedor, y su linea passe el mayorazgo a otra linea, como arriba dexamos prouado, y esta forma y ordẽ de suceder, como preuilegio dado a la hija segunda del dicho Gaspar del Alcaçar de primer grado, no se puede estender a las hijas, nietas, y bisnietas de los hijos, nietos, o bisnietos del dicho Gaspar del Alcaçar, no comprehendidas, ni mencionadas en la dicha clausula *l. iubemus C. ad Trebell. l. sed, & similites §. 1. ff. de excus. tutor.* laté Curtius iunior, *cons.* 329. *num.* 2. *lib.* 2. Mieres *de maioratib. part.* 2. *quæst.* 6. *num.* 112. ibi: *Et priuilegium datum filijs existentibus in primo gradu non extenditur ad alios descendentes*. Magis enim præsumitur diligere filios, quam nepotes *l. si viua matre C. de bon. mater.* bonus text. *in l. cum ita §. ex fideicommisso ff. de leg.* 2. ibi: *Quia cum illud tantum in filiabus primogenitis sit stabilitum, in cæteris descendẽtibus fœminis videtur prohibitũ C. de procurat. l. maritus, & ff. de iudicijs l. cum prætor cum alijs; si enim idem in alijs successoribus constituere voluissent, vtique expressissent, cum*

in

in eorum mera voluntate id positum erat.

40 Y supuesto que nuestros fundadores pudieran expressar, que la misma orden de suceder se guardasse en las hijas de los hijos del dicho Gaspar del Alcaçar, y no lo dixeron, y dexaron omitido, es visto que no quisieron que se guardasse la misma forma en la sucession de las hijas, nietos, y bisnietos del hijo varon del dicho Gaspar del Alcaçar, vt probatur aperte ex text. *in l. vnica §. sin autem ad deficientis, C. de caduc. toll.* y lo que el testador, o disponente no dixo, ni declarò, nec nos dicere debemus *l. si seruus §. non dixit praetor ff. de acquir. haeredit.* congerit plura Praetis *de interpret. vltimarum voluntat. lib. 2. interpretation. 3. dubitat. 1, solut. 3. à numer. 126.*

41 Fuera de que las palabras del testador, y de otro qualquiera disponente en duda ad intellectum iuris referenda sunt, *cap. causam quae. de praescr. cap. cum dilectus de consuet.* Bart. *in l. omnes populi 3 part. quaest. 3. princip. ff. de iustitia, &* *iur.* Felinus *in cap. cum omnes. de constitut.* Mieres *de maiorat. part, 1. quaest. 58. num. 55.* Praetis vbi supra, *lib. 2. resolution. 10. num. 65.*

42 Iubat quod testator in dubio censetur se conformare voluisse cum dispositione legis vel iuris communis, *l. si duo ff. de acquirend. haeredit.* & ibi Baldus, *& in l. precibus C. de impub. & aliis substit.* & plenè firmauit Menoch. *de praesumptioni. lib. 4. praesumpt. vltim.* Mantica *de coniect. vltim. volunt. lib. 6. titul. 6 à princ.* Mieres *de maiorat. initio 2. part. num. 15. & 16. & q. 6. num. 147. & num. 500.* Burgos de Paz *consil. 29. num. 21.*

43 Y quando ex repetitione inducitur aliquid contra ius commune, vel ab eo exorbitans nunquam censetur repetita qualitas *l. vxori.* Vbi notatur *ff. de legat. 3 glosa in l. talis scriptura ff. de legat, 1,* Gozadino *cons. 9. num. 36.* Ruino

I *cons.*

conf. 187.*nũm.* 10.*lib.*3. Molina *lib.* 3.*cap.*5.*numer.*57. Prætis vbi ſupra *lib.* 2. *dubitat.* 2. *ſolut.* 1 *num.*165. Dominus Caſtellus *libr.* 2. *controuerſ. cap.* 4. *num.* 105. Peregrin. *de fideicommiſſ. artic.* 16. *num.* 1. *& ſequent.* Mieres *dict. quæſt.* 6. *numer.* 338. que ſon las razones, y fundamentos con que los Doctores reſueluen comuniſsimamente, que la calidad de maſculinidad pueſta y expreſſada en vn llamamiento, no ſe ha de juzgar por repetida en los otros llamamientos, no ſiendo el mayorazgo de agnacion; como ſi dixera el fundador: *Mando, que en primer lugar ſuceda Pedro mi hijo mayor, y ſus hijos, y deſcendientes varones, y no hembras,* y paſſando a el ſegundo llamamiento dixeſſe: *Mando, que ſi el dicho Pedro mi hijo mayor muriere ſin dexar hijos, ni decendientes varones, suceda en eſte mayorazgo Iuan mi hijo ſegundo, y ſus hijos y decendientes,* ſin dezir varones, porque en eſte caſo la calidad de varonia pueſta en el primer llamamiento, no ſe entiende, ni tiene por repetida en el ſegundo llamamiento donde no ſe expreſsó; y de aqui es, que aunque los hijos de Pedro primer llamado, no ſiendo varones, no tendran derecho a la ſuceſsion, y aura de paſſar preciſamente a Iuan ſegundo llamado, los hijos deſte, aunque no ſean varones, ſino hembras, ſucederan en el mayorazgo; y aſsi lo reſuel-uen Molina *dict. cap.* 5. *num.* 56. *verſ. In hoc autem,* vbi eius Addicionator infinitos refert & ſequitur. D. Caſtellus latè *lib.* 2. *controuerſ. cap.* 4. *per totam.* Fuſarius *de ſubſtitut. quæſt.* 403. *per totam.* Y en los mayorazgos de Eſpaña procede con mayor razon, porque ſegun las leyes, y coſtumbre de Eſpaña, las hembras ſon capazes de ſuceder en ellos, y para excluirlas de la ſuceſsion in correctionem iuris ſuppleri ac pro repetita haberi non debet qualitas maſculinitatis, vt in ſpecie probant Surdus *conſ.* 201. *num.* 33. Menoch. *conſ.* 803. *num.* 24.

44 Y en nuestro caso si se vuiera de repetir en las hijas, y nietas, y bisnietas, y vlteriores decendientes de los hijos, nietos, y bisnietos de Gaspar del Alcaçar la misma forma, y orden que dio en la sucesion de las hijas de primer grado del dicho Gaspar del Alcaçar, para excluir a doña Andrea hija dela vltima posseedora, y admitir a la dicha doña Antonia su tia se quebrantàra y corrigiera el derecho que dispone, que auiendo entrado el mayorazgo en vna linea, no haga transito a otra linea, hasta que todos los de la primera linea se ayan acabado, asi varones, como hebras, y que la hija del vltimo posseedor, vt pote eidē proximior, se prefiera a qualquier trāsuersal, aunque sea varon, tanquā remotiori gradu existēti. y es decisiō en termino terminantes deste pleito la 355 de Gama omnino vidēda, Recte igitur cōtēdimus, q̄ pues la repeticion q̄ pretēde, y en q̄ haze toda la fuerça de su justicia D. Antonia del Alcaçar, es cōtra leges, & consuetudinem Hispaniæ, & ad exclusionem de doña Andrea su sobrina, que tiene por si todas las disposiciones del derecho, para ser preferida a su tia, nullatenùs admittenda est: sed protsus respuenda repetitio, & secundum regulas iuris pro ipsa doña Andrea iudicandum,

45 Denique, no perturba en manera alguna la justicia de doña Andrea, el dezir el Abogado de doña Antonia en el n. 47. de su informe, que D. Mariana del Alcaçar hermana mayor de las dichas D. Luisa, y D. Antonia vencio por Executoria del Consejo a D. Pedro del Alcaçar varon agnado de otra linea, por ser ella agnada, y q̄ auiendo muerto la dicha D. Mariana sin decendencia alguna, le sucedio la dicha D. Luisa su hermana segunda, con que ha executado la dicha D. Luisa en si misma el estar exceptuadas todas las hijas de Gaspar del Alcaçar, y no vna sola, porque si asi no fuera, muerta la dicha D. Mariana, vuiera sucedido

el

el varon de la otra linea, y no la dicha Doña Luisa: porque se responde vnico verbo, que la dicha Doña Mariana no vencio a D. Pedro del Alcaçar, por ser hembra agnada, sino por no auer decendiente alguno varon de la linea del dicho Gaspar del Alcaçar, y auerse fundado el mayorazgo de todas sus legitimas, y otras razones, que fauorecieron las hembras de su linea en competencia de varon de linea transuersal, como lo era el dicho D. Pedro.

Ex quibus, queda bien fundada la justicia de D. Andrea Ortiz del Alcaçar, y que la pretension de la dicha D. Antonia su tia, está totalmente destituida de fundamento. Salua en todo la dignissima correccion de v. md.

Lic. D. Diego de Guellar y Velazquez.